Deutscher Bundestag **Drucksache 16/4037**
16. Wahlperiode
(zu Drucksache 16/4028)
16. 01. 2006

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) – Drucksache 16/4028 –

Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates

1. **Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe e – neu –**
(§ 2 Abs. 2c – neu – WpHG)

   Die Bundesregierung wird den Antrag des Bundesrates prüfen.

2. **Artikel 1 Nr. 3 Buchstabe a** (§ 2a Abs. 1 Nr. 14 WpHG)

   Die Bundesregierung hält grundsätzlich die Klarstellung in der Begründung für ausreichend. Sie wird aber den Vorschlag, die Ausnahme von den Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes für Kapitalanlagegesellschaften auf Dritte im Rahmen eines Auslagerungsvertrages oder eines Beratungsmandates auszudehnen, nochmals insbesondere im Hinblick auf die Konformität mit den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (ABl. EU L 145 S. 1) – Finanzmarktrichtlinie – prüfen.

3. **Artikel 1 Nr. 3 Buchstabe c** (§ 2a Abs. 3 WpHG)

   Die Bundesregierung wird dem Antrag des Bundesrates Rechnung tragen, indem sie die Angabe „33c" durch die Angabe „31c" ersetzt.

4. **Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe a** (§ 7 Abs. 1 Satz 2 WpHG)

   Die Bundesregierung wird den Antrag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Eine Übertragung originärer Überwachungs- und Ermittlungsaufgaben gemäß dem Börsengesetz auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) im Rahmen der dieser obliegenden internationalen Zusammenarbeit soll vermieden werden.

5. **Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe a** (§ 9 Abs. 1 Satz 1 WpHG)

   Die Bundesregierung wird den Antrag des Bundesrates, die Meldepflichten nach § 9 des Wertpapierhandelsgesetzes auf an einer inländischen Börse zum Handel zugelassene Unternehmen auszudehnen, im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Die fachlichen Argumente für ein Beibehalten der bisherigen Regelung sind erwägenswert. Die beantragte Ausdehnung der Meldepflichten würde aber über eine „Eins-zu-Eins"-Umsetzung der Finanzmarktrichtlinie hinausgehen.

6. **Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe c – neu –**
(§ 9 Abs. 2a – neu – WpHG)

   Die Bundesregierung vermag sich dem Antrag des Bundesrates, die Meldepflichten auf Geschäfte in Waren auszudehnen, die an einem organisierten Markt zugelassen sind, nicht anzuschließen. Meldepflichten für Spotgeschäfte mit Waren sieht die Finanzmarktrichtlinie nicht vor. Diese Regelung ginge nicht nur über das Prinzip der „Eins-zu-Eins"-Umsetzung von EU-Richtlinien hinaus, sondern stellte auch einen nationalen Alleingang dar. Die Europäische Kommission muss dem Europäischen Parlament bis April 2008 einen Bericht über die Angemessenheit der Regulierung von Warenderivathändlern nach der Finanzmarktrichtlinie und der Kapitaladäquanzrichtlinie sowie über die Definition von OTC-Derivaten nach Anhang I Abschnitt C Nummer 7 der Finanzmarktrichtlinie vorlegen. Sie hat im Rahmen dieser Prüfung angekündigt, sich auch mit Fragen der Transparenz und der Marktaufsicht in Bezug auf Spotgeschäfte zu befassen (vgl. Call for Evidence „Review of Commodity and Exotic Derivatives and related Business as required by MiFID and recast CAD" vom 1. Dezember 2006). Diese Analyse und Debatte auf europäischer Ebene, welche die Bundesregierung aktiv begleiten wird, sollte abgewartet werden. Eine übereilte nationale Entscheidung im Rahmen des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes ist auch aufgrund der rechtstechnischen Komplexität zu vermeiden.

7. **Artikel 1 Nr. 9** (§ 12 Abs. 1 WpHG)

   Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Insiderrechts auf Waren ist weder durch die EU-Finanz-

marktrichtlinie noch durch die EU-Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG) vorgesehen und würde daher deutsche Marktteilnehmer im Vergleich zu anderen europäischen Märkten einseitig belasten. Zwar ist es grundsätzlich sinnvoll, auch im Bereich der Energie- und Warenmärkte durch entsprechende Regelungen auf eine größere Transparenz und eine Stärkung der Integrität der Märkte hinzuwirken. Die Bundesregierung ist jedoch der Auffassung, dass dies angesichts der besonderen energiewirtschaftlichen Bedeutung entsprechender Regelungen eine umfassende Prüfung voraussetzt und im Einklang mit der europäischen Rechtsentwicklung geregelt werden sollte. Dies gilt umso mehr, als dass die Europäische Kommission bereits in einer Konsultation vom 1. Dezember 2006 (Einzelheiten s. Antwort zu Frage 6) auch eine Analyse zur Transparenz des Energiehandels angekündigt hat und daher eine Regelung auf europäischer Ebene zu erwarten ist, welche die Bundesregierung aktiv mitgestalten wird.

8. **Artikel 1 Nr. 10 Buchstabe b – neu –**
(§ 13 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Satz 2 – neu – WpHG)

   Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die geltende Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 WpHG entspricht dem Wortlaut von Artikel 1 Nr. 1 Abs. 2 der EU-Marktmissbrauchsrichtlinie und ist zwingend im Sinne der von der EU-Kommission hierzu erlassenen Durchführungsbestimmungen, insbesondere der Richtlinie 2004/72/EG auszulegen. Eine weitere Konkretisierung ist daher nicht erforderlich.

9. **Artikel 1 Nr. 11a – neu –**
(§ 15 Abs. 4 Satz 1 und 4 WpHG)

   Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung von „Ad-hoc“-Mitteilungen für Marktteilnehmer an Warenmärkten knüpft an die unter Nummer 7 der Stellungnahme des Bundesrates vorgeschlagene Änderung zu § 12 Abs. 1 WpHG an und ist daher aus den bereits zu diesem Vorschlag genannten Gründen abzulehnen.

10. **Artikel 1 Nr. 16 Buchstabe b**
(§ 31 Abs. 2 Satz 3 WpHG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

11. **Artikel 1 Nr. 16 Buchstabe b**
(§ 31 Abs. 2 Satz 4 WpHG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel prüfen, den Anwendungsbereich der Kennzeichnungspflicht im Sinne der EU-Durchführungsrichtlinie klarzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Hinweispflicht des letzten Halbsatzes auf das Verbot des Handels vor Veröffentlichung von Finanzanalysen bezieht.

12. **Artikel 1 Nr. 16 Buchstabe c**
(§ 31 Abs. 4 Satz 3 WpHG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Es soll klargestellt werden, dass bei unzureichender oder unterbliebener Information bei der Finanzportfolioverwaltung kein Handlungsverbot besteht.

13. **Artikel 1 Nr. 17** (§ 31a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 WpHG)

    Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu entsprechen. Die Formulierung „zehn Geschäfte von erheblichem Umfang“ in § 31a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 WpHG-E entspricht dem Wortlaut des Anhangs II, II.1 (Einstufungskriterien) der EU-Finanzmarktrichtlinie.

14. **Artikel 1 Nr. 17** (§ 31a Abs. 7 Satz 6 – neu,
Abs. 7a – neu – WpHG)

    a) Die Bundesregierung wird dem Vorschlag des Bundesrates Rechnung tragen, indem ein neuer Satz 6 zur Informationspflicht von professionellen Kunden über wesentliche Änderungen aufgenommen wird.

    b) Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den EU-rechtlichen Vorgaben zur Behandlung von Bestandskunden prüfen.

15. **Artikel 1 Nr. 17** (§ 31b Abs. 1 Satz 1 WpHG)

    Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu folgen. Die Vorschrift entspricht den Vorgaben von Artikel 24 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 4 der EU-Finanzmarktrichtlinie, wonach Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung gegenüber geeigneten Gegenparteien erbringen, die Vorgaben der EU-Finanzmarktrichtlinie und somit des § 31 Abs. 4 WpHG neu einhalten müssen.

16. **Artikel 1 Nr. 17** (§§ 31f, 31g WpHG) und **Artikel 2**
(§ 1 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

    Hierbei ist zu bedenken, dass der Betrieb eines multilateralen Handelssystems künftig nach den Vorgaben der EU-Finanzmarktrichtlinie eine Wertpapierdienstleistung darstellt. Wertpapierdienstleistungen werden ausschließlich von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beaufsichtigt.

17. **Artikel 1 Nr. 21** (§ 33a Abs. 1 Satz 2 – neu – WpHG)

    Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu entsprechen. Die Anwendung der Regelungen zur bestmöglichen Ausführung von Kundenaufträgen auf Investmentanteile ist in der EU-Finanzmarktrichtlinie nicht ausdrücklich geregelt. Folgerichtig verbietet das Prinzip der Eins-zu-Eins-Umsetzung eine entsprechende Festlegung im Umsetzungsgesetz selbst. Die Bundesregierung hält aus den in der Begründung dargestellten Gründen eine Anwendung der Regeln auf Investmentfondsanteile nicht für gerechtfertigt.

18. **Artikel 1 Nr. 21** (§ 33b Abs. 1 Nr. 3 WpHG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab, im Rahmen des § 33b Abs. 1 Nr. 3 des Wertpapierhandelgesetzes erneut darauf zu verweisen, dass es sich bei dem Begriff „vertraglich gebundener Vermittler“ um Vermittler im Sinne von § 2 Abs. 10 Satz 1 des Kreditwesengesetzes handelt. Der Begriff wird mit

einem entsprechenden Verweis bereits in § 33b Abs. 1 Nr. 1 WpHG – neu – eingeführt. Damit ist für den Rechtsanwender hinreichend klar, dass es sich bei den in derselben Vorschrift auch in den Nummern 2, 3 und 4 genannten vertraglich gebundenen Vermittlern um Vermittler im Sinne des § 2 Abs. 10 Satz 1 des Kreditwesengesetzes handelt.

19. **Artikel 1 Nr. 22** (§ 34 Abs. 1 WpHG)

    a) Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu entsprechen. Die EU-Verordnung Nr. 1287/2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufzeichnungspflichten für Wertpapierfirmen, die Meldung von Geschäften, die Markttransparenz, die Zulassung von Finanzinstrumenten zum Handel und bestimmte Begriffe im Sinne dieser Richtlinie ist mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU (ABl. EU Nr. L 241 S. 1) am 2. September 2006 unmittelbar geltendes Recht geworden. Eine Wiedergabe von Vorschriften einer EU-Rechtsverordnung ist unter rechtsförmlichen Gesichtspunkten nicht zulässig, damit keine Unklarheit über den Urheber und den Geltungsrang der Vorschriften entsteht.

    b) Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu entsprechen. Gegenstand des Antrags sind Detailregelungen zu den Aufzeichnungspflichten. Die Konkretisierung der Aufzeichnungspflichten erfolgt durch die gemäß § 34 Abs. 4 WpHG-E zu erlassende Rechtsverordnung, die zeitnah mit dem Umsetzungsgesetz in Kraft treten und zuvor konsultiert werden wird.

20. **Artikel 1 Nr. 22** (§ 34 Abs. 4 Satz 1 WpHG)

    Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu entsprechen.

    In der EU-Verordnung Nr. 1287/2006 sind die Aufzeichnungspflichten über Geschäfte und Kundenaufträge abschließend geregelt. Darüber hinaus enthält Artikel 13 Abs. 6 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 7 der EU-Finanzmarktrichtlinie eine Generalklausel zur Aufzeichnungspflicht. Danach sind die Aufzeichnungen zu erstellen, die es der Aufsichtsbehörde ermöglichen, die Einhaltung der Vorgaben der EU-Finanzmarktrichtlinie zu prüfen. Die gemäß § 34 Abs. 4 WpHG-E zu erlassende Rechtsverordnung kann daher nicht nur Inhalt und Umfang im Gesetz genannter Aufzeichnungspflichten konkretisieren, sondern im Rahmen der Generalklausel auch Aufzeichnungspflichten normieren.

21. **Artikel 2** (§ 2 Abs. 3 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

22. **Artikel 2** (§ 2 Abs. 3a – neu – BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die Änderung hätte u.a. zur Folge, dass eine Wertpapierbörse bei der Aufnahme des Handels mit Waren nicht die speziellen börsenorganisationsrechtlichen Vorschriften erfüllen müsste, die für die Warenbörse gelten. Hierdurch würde die marktspezifische Differenzierung der Interessenvertretung der Marktteilnehmer, welche das Börsengesetz z. B. bei der Ausgestaltung des Börsenrates nach § 12 oder § 14 BörsG-E vorsieht, ausgehebelt. Eine angemessene Interessenvertretung der Marktteilnehmer wäre in diesen Fällen nicht mehr gegeben.

23. **Artikel 2** (§ 3 Abs. 4 Satz 1 BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

24. **Artikel 2** (§ 3 Abs. 10 BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Soweit die Länder eine entsprechende Regelung zur Vollstreckung von Verfügungen der Börsenaufsichtsbehörde wünschen, können sie diese im jeweiligen Landesrecht regeln.

25. **Artikel 2** (§ 3 Abs. 11 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

26. **Artikel 2** (§ 4 Abs. 2 Satz 4 BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

27. **Artikel 2** (§ 4 Abs. 3 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

28. **Artikel 2** (§ 4 Abs. 5 Satz 2 BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Durch die vorgeschlagene Nichtanwendungsregel hinsichtlich der jeweiligen Landesvorschriften entsprechend § 49 Abs. 6 VwVfG würde der Börsenträger im Hinblick auf die im Einzelfall hohen Investitionen, die er im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit der ihm erteilten Börsengenehmigung getätigt hat, schutzlos gestellt. Eine Rechtfertigung hierfür kann nicht erkannt werden und ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Antrags. Die Bundesregierung hält aus diesem Grund an der bisherigen gesetzlichen Regelung fest.

29. **Artikel 2** (§ 5 Abs. 2a – neu – BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren unter Berücksichtigung der bereits in § 4 Abs. 7 BörsG-E eingefügten Meldepflicht prüfen.

30. **Artikel 2** (§ 13 Abs. 1 und 4 Satz 1 BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

31. **Artikel 2** (§ 15 Abs. 1 Satz 5 – neu – BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

32. **Artikel 2** (§ 17 Abs. 1 Nr. 8 – neu – BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

33. **Artikel 2** (§ 19 Abs. 2 Satz 3 – neu – BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die Regulierung von Handelsteilnehmern mit

besonderen Aufgaben ist einer Börse nach der Regelung des Entwurfs in § 19 Abs. 2 BörsG-E, die der geltenden Vorschrift des § 16 Abs. 2 BörsG entspricht, bereits gestattet, was auch eine Vielzahl der existierenden börslichen Marktmodelle im Wertpapierbereich belegt. Ein gesonderter Zulassungstatbestand würde lediglich den bürokratischen Aufwand an den Börsen steigern, da infolge dieser Bestimmung zukünftig entsprechende Teilnehmer mit besonderen Aufgaben einer gesonderten Zulassung bedürften. Dies gilt umso mehr, da die betreffenden Aufgaben aufgrund der Vielfalt der Marktmodelle nicht weiter spezifiziert werden können. Hierzu sieht die Bundesregierung jedoch keine Notwendigkeit. Falls aufgrund der besonderen Gegebenheiten des Energiemarktes eine spezielle Regelung erforderlich wäre, müsste diese entsprechend der spezifischen Marktbedürfnisse ausgestaltet werden. Dies bedarf jedoch einer gründlichen Überprüfung (vgl. im Übrigen die Begründung zu den Nummern 6 und 7).

34. **Artikel 2** (§ 19 Abs. 11 BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Der der Regelung in § 19 Abs. 11 BörsG zugrunde liegende Artikel 42 Abs. 7 der EU-Finanzmarktrichtlinie sieht eine entsprechende Einschränkung der Informationsübermittlung an die zuständigen Behörden gerade nicht vor. Eine Einschränkung dieser europarechtlich vorgesehenen Flexibilität würde daher eine nicht richtlinienkonforme Umsetzung der betreffenden Meldepflicht bedeuten.

35. **Artikel 2** (§ 27 Abs. 1 Satz 3 BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

36. **Artikel 2** (§ 28 Abs. 1 Satz 1 BörsG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Der vorgeschlagene und in der geltenden Fassung des § 27 Abs. 1 Satz 1 BörsG enthaltene Passus ist gestrichen worden, um den Börsen hinsichtlich der Weiterentwicklung ihrer Marktmodelle auch bei der Ausgestaltung der Aufgaben der Skontroführer größtmögliche Flexibilität zu belassen und sie bei der Marktgestaltung nicht durch bürokratische Vorgaben zu behindern. Die Bundesregierung hält daher an der flexibleren Regelung im Gesetzentwurf fest.

37. **Artikel 2** (§ 30 Abs. 1 Satz 1 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

38. **Artikel 2** (§ 30 Abs. 1 Satz 1 BörsG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

39. **Artikel 2** (§ 48 Abs. 3 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

    Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die EU-Vorgaben bei Handelsplattformen lediglich zwischen geregeltem Markt, multilateralen Handelsplattformen und systematischen Internalisierern unterscheiden. Hierbei ist der Freiverkehr als multilaterales Handelssystem einzustufen.

40. **Artikel 2** (§ 50 Abs. 2 BörsG)

    Die Bundesregierung wird den Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

41. **Artikel 3 Nr. 5a – neu –** (§ 10 Abs. 6 Satz 3 KWG)

    Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Die Neuregelung im Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie (BGBl. vom 22. November 2006, Teil 1 S. 2606) ist nach den Vorgaben der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie (Nr. 3 des Anhangs VII Teil CA) geboten. Bislang kannte das Kreditwesengesetz eine Ausnahme von der Abzugspflicht nach § 10 Abs. 6 Satz 1 nur für Eigenkapitalbestandteile, die zur Sanierung und Rettung des anderen Unternehmens gehalten werden. Darüber hinaus wurde in ständiger Verwaltungspraxis von einer Abzugspflicht für Anteile im Handelsbuch bislang abgesehen (Rundschreiben 14/99 der Bankenaufsicht vom 4. November 1999).

    Der mit oben genanntem Gesetz neu eingefügte § 10 Abs. 6 Satz 3 erweitert die Ausnahme von der Pflicht zum Eigenkapitalabzug: Sie gilt nunmehr auch für Unternehmen, die als „Market Maker“ mit Finanzinstrumenten, die Eigenmittelbestandteile darstellen, handeln. Voraussetzung ist, dass sie dieses der BaFin und der Deutschen Bundesbank angezeigt haben und außerdem die Risiken aus dem Handel mit diesen Instrumenten durch angemessene Systeme und Kontrollen ausreichend steuern. Damit soll verhindert werden, dass ein Institut durch seine Stellung als Market Maker langfristig Positionen in den betroffenen Finanzinstrumenten aufbaut. Diese Anforderung erscheint risikogerecht. Sie entspricht dem generellen Zweck der Regelungen aus der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie.

42. **Artikel 3 Nr. 8 Buchstabe a**
    (§ 24a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

43. **Artikel 3 Nr. 10 Buchstabe a**
    (§ 25a Abs. 1 Satz 1 KWG)

    Die Bundesregierung stimmt dem Antrag des Bundesrates zu. Im Ergebnis wird damit der Inhalt der Erläuterung aus der Begründung zu § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG-E in das Gesetz überführt.

44. **Artikel 3 Nr. 10 Buchstabe b**
    (§ 25a Abs. 2 Satz 1 KWG)

    a) Auslagerung innerhalb von Institutsgruppen

       Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab. Bestimmte Erleichterungen mit Blick auf die Besonderheiten innerhalb von Institutsgruppen gelten bereits nach dem bestehenden Bankenaufsichtsrecht. Diese sollen beibehalten werden. In § 25a Abs. 2 Satz 1 KWG-E wird der besonderen Situation innerhalb von Gruppen durch eine Proportionalitätsklausel Rechnung getragen („… abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt sind … angemessene Vorkehrungen zu treffen…“).

Schließlich weisen auch die Finanzmarktrichtlinie und die Regelungen des Ausschusses der Europäischen Bankenaufseher zur Auslagerung auf die besondere Situation innerhalb von Gruppen hin. Dabei ist jedoch eine vollständige Befreiung, wie vom Bundesrat gefordert, nicht vorgesehen. Infolgedessen können Auslagerungen innerhalb von Gruppen nicht gänzlich vom Anwendungsbereich des § 25a Abs. 2 KWG ausgenommen werden. Im Übrigen würde eine vollständige Befreiung mit sonstigen Regelungen (Einzelinstitutsaufsicht, Gesellschaftsrecht) kollidieren. Sie dürfte darüber hinaus unter praktischen Erwägungen als wenig zweckmäßig anzusehen sein.

Zur Verdeutlichung des Hintergrunds weist die Bundesregierung auf Folgendes hin: Die Regelungen des KWG beziehen sich in erster Linie auf das einzelne Institut. So ist die Geschäftsleitung des (Einzel)Instituts nach § 25a Abs. 1 KWG für die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsorganisation verantwortlich. Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob die Prozesse im Institut selbst angesiedelt sind oder ob diese ausgelagert sind. Die Geschäftsleitung des einzelnen Instituts bleibt nach § 25a Abs. 2 KWG auch bei Auslagerungen weiterhin verantwortlich für die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsorganisation. Die Fokussierung der Aufsicht auf das einzelne Institut und die Verantwortung seiner Geschäftsleiter steht im Einklang mit gesellschaftsrechtlichen Normen. Die Verantwortung des Vorstands für das einzelne Unternehmen wird nicht nur in § 76 AktG, sondern auch in einschlägigen anderen Regelungen betont (Genossenschaftsgesetz, Sparkassengesetze, Corporate Governance Kodex). Diese Verantwortlichkeiten könnten jedoch durch die vom Bundesrat beantragte Befreiung im Falle umfangreicher Auslagerungen nicht mehr eindeutig zugerechnet werden (beispielsweise würde sich bei umfassenden Auslagerungen von Tochter- auf Mutterinstitute die Frage stellen, wer innerhalb der Gruppe für die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsorganisation verantwortlich wäre). Ob die Vorstände ihrer gesetzlich verankerten Verantwortung gerecht werden könnten, wenn ihre Leitungsaufgaben und alle leitungsnahen Funktionen von der Mutter wahrgenommen werden würden, erschiene möglicherweise fraglich.

Die Empfehlung des Bundesrates stößt auch auf praktische Grenzen. Die Existenz einer Gruppe bedeutet nicht zwingend, dass – wie die Begründung des Bundesrates ausführt – ein „einheitliches Risikomanagement“ gegeben ist. An den Aufbau eines solchen Risikomanagements sind erhebliche Schwierigkeiten geknüpft (z. B. Einrichtung eines umfassenden Risikocontrollings, Interne Revision etc.).

Angesichts dieser praktischen Schwierigkeiten und der erwähnten rechtlichen Grenzen wurde von besagten Freistellungen bislang abgesehen.

Eine eng definierte Ausnahme für inländische Institutsgruppen legt § 2a KWG fest (sog. Waiver-Regelung). Danach kann beispielsweise auf Ebene des Tochterinstituts auf die Einrichtung von internen Kontrollverfahren nach § 25a Abs. 1 KWG verzichtet werden. An die Anwendung der Waiver-Regelung ist jedoch die Erfüllung umfangreicher Voraussetzungen geknüpft (z. B. Einrichtung von gruppenweiten Prozessen zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation der Risiken, Abgabe einer Patronatserklärung gegenüber der Aufsicht). Über die Waiver-Regelung hinausgehende Ausnahmen für Institutsgruppen, wie sie vom Bundesrat empfohlen werden, sind jedoch nicht vorgesehen.

b) Sonstige institutsspezifische Dienstleistungen

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates nicht anzuschließen. Die EU-Finanzmarktrichtlinie sieht grundsätzlich keine Einschränkungen auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit Bankgeschäften, Finanzdienstleistungen oder den genannten institutstypischen Dienstleistungen vor; vielmehr beziehen sich die Vorgaben der Finanzmarktrichtlinie für die Auslagerung auf „betriebliche Aufgaben, die für die kontinuierliche und zufrieden stellende Erbringung von Dienstleistungen für Kunden und Anlagetätigkeiten ausschlaggebend sind“. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Regelung auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen ist somit nicht gefordert. Gemäß Gesetzesbegründung sollen die „sonstigen institutsspezifischen Dienstleistungen“ beispielsweise die in Anhang I Abschnitt B der Finanzmarktrichtlinie genannten Nebendienstleistungen umfassen. Die Annahme des Vorschlags würde durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen zu einer unzureichenden Umsetzung der Finanzmarktrichtlinie führen.

45. **Artikel 3 Nr. 10 Buchstabe b**
(§ 25a Abs. 2 Satz 6 KWG)

Die Bundesregierung sieht keine Veranlassung, der Anregung des Bundesrates, vor einer entsprechenden nationalen Regelung eine Harmonisierung des europäischen Auslagerungsrechts herbeizuführen, zu folgen. Bereits die geltende Fassung des § 25a Abs. 2 KWG, die 1998 in das Kreditwesengesetz eingefügt wurde, verlangt, dass durch Auslagerungen die Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten der BaFin nicht beeinträchtigt werden dürfen. Durch die Vereinbarung von Prüfungsrechten soll insbesondere sichergestellt werden, dass sich die Aufsicht im Interesse des Schutzes der Einlegergelder und der Wahrung der Systemstabilität bei wesentlichen Auslagerungen weiterhin ein Bild über die Ordnungsmäßigkeit der Geschäfte und Dienstleistungen verschaffen kann. Eine Differenzierung zwischen Auslagerungen auf inländische oder ausländische Unternehmen wäre vor dem Hintergrund des Schutzzweckes von § 25a Abs. 2 KWG nicht Ziel führend. Der mit umfangreichen Auslagerungen verbundene Transfer möglicher Quellen von Risikopotentialen soll in jedem Fall beherrschbar bleiben.

Dementsprechend sehen sowohl die EU-Durchführungsrichtlinie zur Finanzmarktrichtlinie als auch die einschlägigen Richtlinien des Europäischen Ausschusses der Bankaufsichtbehörden keine Beschränkungen auf „inländische" Auslagerungsunternehmen vor. Artikel 14 Abs. 2 Buchstabe i der EU-Durchführungsrichtlinie sieht ausdrücklich vor, dass vom auslagernden Unternehmen zu gewährleisten ist, dass auch seine Wirtschaftsprüfer und die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden tatsächlichen Zugang zu den mit der ausgelagerten Tätigkeit zusammenhängenden Daten und den Geschäftsräumen des Dienstleisters haben und von ihrem Zugangsrecht auch Gebrauch machen können. Insofern korrespondiert der zur Klarstellung in Satz 6 des § 25a Abs. 2 KWG-E aufgenommene Zusatz mit der Richtlinie.

Die vom Bundesrat angesprochene Gefahr einer Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit nach den Artikeln 43 bzw. 49 des EG-Vertrages erscheint nicht gegeben. Ziel der europarechtlichen Vorschriften ist die Herstellung der Inländergleichbehandlung. Die von der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit Begünstigten sollen unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer ihr Recht auf freie Niederlassung ausüben bzw. ihre Dienstleistungen erbringen dürfen. Wie bereits erwähnt, differenziert schon die geltende Fassung des § 25a Abs. 2 KWG nicht zwischen Auslagerungen auf inländische oder ausländische Unternehmen. Ansatzpunkte für eine Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit sind deshalb nicht zu erkennen.

46. **Artikel 3 Nr. 20a – neu –** (§ 64h Abs. 3 KWG) und **Artikel 14 Satz 1** (Inkrafttreten, Außerkrafttreten)

a) Erweiterung der Übergangsregelung nach § 64h Abs. 3 KWG

Die Bundesregierung stimmt der Forderung nach Änderung der Übergangsregelung nach § 64h Abs. 3 KWG nicht zu. Die Vorschrift wurde nach längeren Beratungen mit der Bankenaufsicht unter Einbeziehung der Kreditwirtschaft aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie (BGBl. I S. 2606) in das Kreditwesengesetz eingeführt. Die Übergangsregelung ermöglicht einem übergeordneten Institut, den Zeitpunkt, ab dem es erstmals das Verfahren nach § 10a Abs. 7 KWG-E anwendet, frei zu bestimmen. Von einem solchen Institut kann erwartet werden, dass es das vorgesehene Verfahren, welches die Gegebenheiten des Konzernabschlusses berücksichtigt, wie vorgesehen anwendet.

Die Forderung des Bundesrates, auf den aktivischen Unterschiedsbetrag in der Definition nach § 10a Abs. 6 KWG mit hälftigem Abzug vom Kern- und Ergänzungskapital abstellen zu dürfen, liefe der geltenden Systematik zuwider. Eine derartige Handhabung würde eine Vermischung der Verfahren nach § 10a Abs. 6 und 7 KWG bedeuten, was aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen ist.

b) Rückwirkendes Inkrafttreten

Für eine rückwirkende Geltung der Neufassung des § 64h Abs. 3 KWG-E sieht die Bundesregierung keine Grundlage, zumal sie die Neufassung aus den vorstehend genannten Gründen ablehnt.

47. **Artikel 9 Nr. 5 Buchstabe a** (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 BörsZulV)
Nr. 9 Buchstabe a – neu – (§ 48 Abs. 1 Satz 2 BörsZulV)

Die Bundesregierung stimmt den Vorschlägen zu.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333